Entsteht eine Eigentümergrundschuld, wenn eine Hypothek mangels dinglicher Einigung nicht entstanden ist?

Ein Beitrag zur Lehre der Eigentümerhypothek.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Felix Mencke
aus Oberhausen (Rheinland)
Referendar am kgl. Amtsgericht Fürstenwalde a. Spree.

Approbiert am 14. Juli 1905.

Dresden.
G. Füllborns Buch- und Akzidenzdruckerei.
1905.

74

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Literaturverzeichnis.

Achilles: Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht. 1873.
Achilles-Strecker: Die Grundbuchordnung. 1901.
Biermann: Kommentar zum B. G. B.: Sachenrecht. 2. Auflage. 1903.
Bremer: Hypothek und Grundschuld. 1869.
Bruck: Die Eigentümerhypothek. 1903.
Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts II. 3. Aufl. 1901.
Dernburg: Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1860 u. 1864.
Dernburg: Pandekten. 6. Aufl. 1900.
Dernburg: Lehrbuch des preußischen Pivatrechts I. 5. Auflage. 1894.
Dernburg: Das bürgerliche Recht: Sachenrecht. 3. Auflage 1904.
Dernburg: [Hinrichs] Das preußische Hypothekenrecht II. 1891.
Eccius: In Gruchots Beiträgen. Band 45. S. 455.
Eccius: In Gruchots Beiträgen. Band 48. S. 438.
Eck: Vorträge über das Recht des B. G. B. II. 1904.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band II. Abt. I. 8.—9. Aufl. 1905.
Entscheidungen des Obertribunals.
Entscheidungen des Kammergerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Förster-Eccius: Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts. Band III. 7. Aufl. 1896.
Fuchs: Grundbuchrecht. Band I. 1902.
Giecke: Deutsches Privatrecht. Band II. 1905.
Goldschmidt: Noch einmal die Eigentümerhypothek im Arch. f. bürgl. R. Band 20. S. 23.
Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 1898.

v. d. Hagen: Die Hypothek des Eigentümers. 1836.
Hartmann: Rechte an eigner Sache, Unterstützungen zur Lehre vom Eigentumsrecht. 1877.
Jäckel: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Kommentar. 2. Aufl. 1904.
Kindel: Betrachtungen über die Eigenthümerhypothek in der Festgabe für Koch. 1903.
Kober-Staudinger: Sachenrecht in Staudingers Kommentar zum B. G. B. 2. Aufl. 1903.
Kohler: Wertrecht und Substanzrecht im Arch. f. zivil. Praxis. Band 91. S. 155.
Lang: Die Gesamthypothek im Archiv für zivil. Praxis. Band 89. S. 295.
Leske: Das Bürgerliche Gesetzbuch und das Allgemeine Landrecht. Band I. 1900.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Band I. 4 Aufl. 1905.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. Band I. 3. Aufl. 1904.
Oberneck: Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis in Gruchots Beiträgen. Band 47. S. 306.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Sachenrecht. 1. und 2. Aufl. 1902.
Predari: Grundbuchordnung 1900.
Puntschart: Der Grundschuldsbegriff des deutschen Reichsrechts. 1900.
Schilde: Unrichtigkeit des Grundbuchs. 1899.
Schollmeyer: Hypothek und Grundbuchwesen im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 2. Aufl.
Schröder: Über eigentümliche Formen des Miteigentums im deutschen und französischen Recht 1896.
Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 1. Auflage. 1889.
Staub: Im Archiv für bürgerl. Recht. Band V. S. 45.
Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht. Band I und II. 2. Aufl.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Band I. 8. Aufl. 1900.

Inhalt.

Einleitung . . . . . § 1

I. Geschichtliche Entwicklung der Hypothek des Eigentümers.

1. Das Pfandrecht an der eignen Sache im römischen Recht . . . . . § 2
2. Die Eigentümerhypothek im deutschen Recht
   a) Das wirtschaftliche Bedürfnis des Eigentümers § 3
   b) Die gesetzliche Regelung . . . . . § 4

II. Die Eigentümerhypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch.

III. Natur und Wesen der Eigentümerhypothek . . § 5

A. Die verschiedenen Theorien dargestellt an den Auffassungen von
1. Dernburg: Die Eigentümerhypothek — eine hypothekengleiche Belastung . . . . . § 6
2. Fuchs: Die Eigentümerhypothek — eine unvollkommene Hypothek . . . . . § 7
3. Oberneck: Die Eigentümerhypothek — eine freigewordene Wertparzelle . . . . . § 8
4. Kindel: Die Eigentümerhypothek — ein Teil des Eigentums . . . . . § 9

B. Die eigne Auffassung . . . . . § 10

IV. Kann eine Eigentümergrundschuld aus dem Eintrag einer Hypothek entstehen, wenn diese infolge ungültiger Einigung nicht entstanden ist?

A. Die eigne Entscheidung.
1. Die Bedeutung der Einigung . . . . . § 11
2. Die verschiedenen Möglichkeiten der ungültigen Einigung . . . . . § 12
3. In welchen Fällen der ungültigen Einigung kann eine Eigentümergrundschuld entstehen? . . . . . § 13
4. Wer erwirbt die Eigentümergrundschuld beim Wechsel im Eigentumsrecht? . . . . . § 14
5. Ergeben sich Abweichungen bei einer Gesamthypothek? § 15

B. Die Entscheidungen der dargestellten Theorien in der vorliegenden Frage.
1. Eigentümerhypothek — eine hypothekengleiche Belastung . . . . . § 16
2. Eigentümerhypothek — eine unvollkommene Hypothek § 17
3. Eigentümerhypothek — eine freigewordene Wertparzelle . . . . . § 18
4. Eigentümerhypothek — ein Teil des Eigentums . § 19

§ 1. Der Wortbildung nach scheint der Ausdruck „Hypothek" oder „Grundschuld des Eigentümers" zu bestehen aus zwei sich ausschließenden Begriffen. Wie kann neben dem Eigentum, dem totalen Recht an der Sache, noch ein beschränktes sich erhalten, ohne von ihm aufgezehrt zu werden? Und doch sehen wir diesen Begriff vielfach in der neueren Gesetzgebung, die die Rechte am Grundstück regelt, wiederkehren. Ihn müssen wir deshalb, bevor wir uns mit der Einzelfrage, ob eine Eigentümergrundschuld entstehen kann, wenn eine Hypothek mangels dinglicher Einigung nicht entstanden ist, beschäftigen können, in möglichster Schärfe erfaßt haben. Ein kurzer historischer Überblick wird uns das Verständnis der heutigen Gestaltung des widerspruchsvollen Begriffs sicherlich erleichtern.

§ 2. Das Pfandrecht diente den Römern dazu, für eine persönliche Forderung dingliche Sicherung zu gewähren. Nach dem Bestehen, nach den Wechselfällen der Forderung richtete sich die Haftung der Pfandsache. Deshalb mußte notwendigerweise beim Erlöschen der Forderung oder bei Vereinigung von Gläubiger und Schuldner erst in der Hand des Eigentümers das Pfandrecht an der haftenden Sache erlöschen. An der eignen Sache ein selbständiges Recht zu bilden, erschien den römischen Juristen als unmöglich.*) Jedoch verkannten sie nicht, daß in diesem Prinzip Unbilligkeiten und unbegründete Begünstigungen auf der anderen Seite hervortreten können, insbesondere dann, wenn die Sache mehrmals verpfändet war. Nach dem Dogma der Unteilbarkeit der Pfandhaftung, welches das römische

*) l. 22 D. 8. 2.: nulli res sua servit.

Recht beherrschte,*) war jedem Gläubiger die Sache in ihrem ganzen Umfange verpfändet, jedoch war der nachstehende Pfandgläubiger in der Ausübung seiner Rechte beschränkt durch das Pfandrecht seines Vorgängers.

Erlosch aber das Recht dieses, so war für den nachstehenden Gläubiger eine Schranke gefallen. Seine Gläubigerstellung verbesserte sich, insofern er nun sich schon vor seinem anfänglichen Range aus der Pfandsache befriedigen konnte. Aber doch mußten bei konsequenter Durchführung dieses Prinzips Härten entstehen. Erwarb z. B. der vorgehende Pfandgläubiger das Eigentum an der Sache, so mußte das Pfandrecht untergehen, die nachstehenden Gläubiger rückten vor und, da er als Eigentümer jetzt nur noch die letzte Stelle beanspruchen konnte, fand er möglicherweise bei einer Verwertung der Sache weder ein Äquivalent für sein Pfandrecht noch für sein Eigentum. Doch sehen wir, wie in den Quellen, um solchen Auswüchsen des Prinzips entgegenzutreten, sich eine Reaktion geltend macht, die in ihrer eigenartigen Gestaltung Keime unserer Eigentümerhypothek enthält.

In verschiedenen Fällen wird das Pfandrecht trotz seiner Vereinigung mit dem Eigentum als fortbestehend gedacht; so z. B. wenn der vorgehende Gläubiger das Eigentum an der Sache erwirbt (l. 5 § 1 D 20. 5.) oder wenn ein Dritter sowohl ein vorgehendes Pfandrecht wie das Eigentum zu gleicher Zeit erlangt (l. 17 D 20. 4).**)

Welche rechtliche Geltung der Eigentümer durch dieses „Pfandrecht an der eignen Sache" gewinnt und welchen Inhalt das Recht besitzt, darüber herrscht in der gemeinrechtlichen Literatur keine einheitliche Auffassung. Auf der einen Seite wird ausgeführt,***) die Römer hätten grundsätzlich ein Pfandrecht an eigner Sache anerkannt, aber ein Pfandrecht, das nicht so sehr das positive Recht gab, die Pfandsache zu verwerten, als das negative die Nachhypotheken

*) l. 16 D, 20. 1.: fundus hypothecae datus . . . totus obligabitur. l. 65 D. 21. 2.: propter indivisam pignoris causam.

**) s. a. Windscheid-Kipp: Pandekten I § 248 Anm. 27.

***) Windscheid: § 248 Z. 4.

auf ihrem von vornherein eingeräumten Range zurückzuhalten. Und da zum Bestehen eines Pfandrechts im römischen Recht das Vorhandensein einer Forderung erforderlich war, so müssen die Vertreter des Pfandrechts an eigner Sache folgern: „Die Forderung dauert nicht bloß für das Pfandrecht fort, sondern auch durch das Pfandrecht; es ist nicht mehr die Forderung, welche die Grundlage für das Pfandrecht bildet, sondern das Pfandrecht bildet die Grundlage für die Forderung".*) Damit sind sie der Konstruktion des Pfandrechts an eigner Sache zu liebe zu einer Auslegung veranlaßt worden, die dem Wesen des römischen Pfandrechts nicht zu entsprechen scheint.

Anders will Dernburg**) die römischen Juristen verstanden wissen. Nach ihm ist in derartigen Fällen nur von einer Ausstattung des Eigentums mit einem Schutze gegenüber den Nachhypothekaren die Rede.***) Die persönliche Forderung ist untergegangen durch Konfusion. Deshalb ist auch mit Notwendigkeit das Pfandrecht erloschen. Doch ist an die Stelle dieses untergegangenen Rechts ein neues selbständiges getreten, das innerhalb der Grenzen des früher bestandenen Pfandrechts das Eigentum gegenüber den nachstehenden Gläubigern zu schützen befähigt ist.†) Inhaltlich gibt es dem Eigentümer die Möglichkeit, den Nachhypothekaren die Aneignung des in der betroffenen Hypothek ausgeschieden gewesenen Vermögenswertes der Pfandsache zu wehren.††)

---

*) Windscheid: § 225 Z. 2.

**) Dernburg: Pandekten § 241 Z. 3.

***) Die Quellen reden von „tueri" cfr. l. 17 D. 20. 4.

†) l. 1. C. 8, 19. [20] in jus eorum successisti et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.

††) Mit Recht bemerkt auch Dernburg in seinem Pfandrecht II § 171 S. 571:

„Wo die Hauptwirkungen eines Rechts verschwunden sind und nur sekundäre übrig sind, wo der innere Gehalt fehlt, der Zweck, der dem Institut den Charakter aufprägt, nicht mehr realisierbar ist, wo nur das äußere Gerücht zu ganz anderen Zwecken beibehalten ist, da können wir von einer Fortdauer eines Rechts nicht reden."

Es ist klar, daß dieses der aequitas so sehr entsprechende Schutzprinzip des Eigentümers gegenüber den Nachhypothekaren innerhalb der Wandlungen des Rechts nicht verloren gehen konnte, ja sogar immer mehr an Bedeutung gewinnen und sich entfalten mußte, je stärker vom Rechtsgedanken der Zeit die Position des Schuldners gegenüber der des Gläubigers gesichert und geschützt wird.

§ 3. Die Schwierigkeiten, die sich im römischen Pfandrecht bei Vereinigung von Eigentumrecht und Gläubigerrecht in einer Person gezeigt hatten, steigerten sich, als im deutschen Recht, insbesondere im preußischen, das das römische Pfandrecht rezipiert hatte, eine Formalisierung der dinglichen Rechte am Grundstück durch das Grundbuch eintrat. Und auch das wirtschaftliche Bedürfnis des Eigentümers, das im römischen Recht zur Anwendung eines „Pfandrechts des Eigentümers" geführt hatte, wurde ein immer dringenderes, da sich nunmehr ein regerer Grundstücksverkehr entwickelte.

Der Eigentümer kann nämlich in zweifacher Hinsicht über sein Grundstück verfügen: rücksichtlich seiner Substanz oder seines Tauschwertes.*) Will er die Substanz belasten, so errichtet er vielleicht eine Grunddienstbarkeit oder ein Erbbaurecht auf seinem Grundstücke. Läßt der Eigentümer dagegen ein Pfandrecht im Grundbuch eintragen, so ergreift dieses Recht nicht die Substanz, über die der Eigentümer noch unbeschränkt herrscht, sondern nur den Wert des Grundstücks, um aus ihm einen bestimmten Vermögenswert zu entnehmen. Belastet der Eigentümer sein Grundstück mit weiteren Rechten, die auch auf dem Werte ruhen sollen, so darf dadurch das vorbestellte Gläubigerrecht nicht beeinträchtigt werden. Darum wird den Nachgläubigern nur die Befugnis gegeben, den Wert des Grundstücks sich anzueignen, wenn schon der Vorgläubiger aus dem Rechte Befriedigung gefunden hat.

---

*) s. Kohler: Archiv für Zivil-Praxis Band 91 S. 155.

Insofern haftet dem Nachgläubiger also nicht der ganze Wert, sondern nur der Teil des Wertes, den das vorgehende Recht nicht ergriffen hat. Dabei ist natürlich die Möglichkeit vorhanden, daß auf solchen Wertteil in der Zwangsvollstreckung kein Geldbetrag entfallen und sich somit der Wertteil als wertlos darstellen kann, dann wenn nämlich die Summe der Wertteile den in der Zwangsvollstreckung festgestellten Wert übersteigt. Man kann hiernach mit Recht sagen: Bei der Bestellung eines Pfandrechts am Grundstück scheide der Eigentümer stets einen Wertteil aus, der die Grundlage der Gläubigerbelastung zu bilden habe. Doch hat man an eine reelle Teilung, an eine bestimmte Wertparzelle, die damit geschaffen wird, nicht zu denken. Vielmehr bleibt nach wie vor der Wert des Grundstücks als Einheit allen Rechten verhaftet. Der einzelne Gläubiger hat jedoch nur den Anspruch auf Aneignung eines bestimmten Teiles des Wertes, des Teiles, der ihm innerhalb der Reihenfolge der Gläubiger zusteht. Dieser Rang der einzelnen Gläubigerrechte richtet sich nach der Folge ihrer Eintragung im Grundbuch (§ 879 B. G. B.).*)

Da aber erst das vorhergehende Recht voll aus dem Werte befriedigt sein muß, bevor der nachfolgende Gläubiger sein Aneignungsrecht geltend machen kann, so ist das Recht des Nachstehenden minder sicher begründet. Doch wird ihm ein Ersatz hierfür geboten in dem höheren Zinsfuß. .Es sollen ihn diese höheren jährlichen Zahlungen gewissermaßen dafür entschädigen, daß er in einer Zwangsversteigerung sein Recht an dem durch die vorhergehenden Aneignungsrechte erschöpften Werte vielleicht nur zum Teil oder garnicht auszuüben vermag. Die Rücksicht auf eine etwa eintretende Änderung des Ranges noch vor der Zwangsversteigerung, eine Spekulation auf das Steigen des Rechts in der Ordnung wird den Parteien bei der Normierung der Höhe der Zinsen fernliegen. Und doch

*) Ähnliche Gedanken entwickelt auch Bruck: Die Eigentümerhypothek S. 134 ff.

kann eine Rangänderung leicht eintreten, z. B. bei Löschung des Rechts des Vormanns. Alsdann ist eine Schranke gefallen für das Aneignungsrecht des Nachmanns. Er kann deshalb in der Zwangsversteigerung schon in dem Momente sein Recht ausüben, wenn nach der zur Zeit der Begründung seines Rechts geltenden Ordnung erst sein Vormann berufen wäre. Im Grundbuch kommt diese größere Freiheit seines Rechts dadurch zum Ausdruck, daß er mit der Löschung des Pfandrechts seines Vormanns „aufrückt" in dessen Rangstelle. Durch dieses „Aufrücken" hat das Recht des Nachmanns eine größere Sicherheit erlangt, obwohl es immer weiter noch die für ein beschränktes Recht angemesseneren höheren Zinsen beanspruchen kann.

§ 4. Zur Abwehr*) gegen dieses gänzlich unberechtigte „Aufrücken" der Hypothekengläubiger, das sich aus dem von dem römischen Recht übernommenen Pfandrechtsgrundsatz: pignoris causa est indivisa ergibt, schuf das deutsche Recht die Eigentümerhypothek, indem es in besonders bestimmten Fällen den Eigentümer in die freigewordene Rangstellung sukzedieren ließ. Hierdurch sollte verhindert werden, daß die Hypothekare ohne Äquivalent ihrerseits einen Wertzuwachs aus demjenigen Vermögen des Eigentümers erhielten, das ihnen garnicht zur Sicherheit bestellt war (so z. B. wenn der Eigentümer selbst den fortgefallenen Gläubiger befriedigt hatte). Außerdem wurde durch die Schaffung der Eigentümerhypothek das Kreditbedürfnis des Eigentümers berücksichtigt. Wären bei Fortfall des einen Vorgläubigers die anderen Hypothekare nachgerückt, so würde für den Eigentümer die letzte Stelle im Grundbuch zur Neubegründung einer Belastung frei geworden sein. Er hätte nur unter entsprechend höheren Zinsopfern einen Darleiher gefunden, während ihm so die Eigentümerhypothek die frei gewordene Stelle offen hält zur neuen Belastung mit demgemäß geringerem Zinsfuß.

*) s. Hartmann: Recht an der eignen Sache S. 78.

In welchem Umfang und in welchen Formen vollzog sich nun die gesetzliche Regelung dieser Hypothek des Eigentümers im preußischen Recht? Dem Allgemeinen Landrecht war ein solcher Begriff noch fremd. Bald nach seiner Entstehung jedoch zeigte sich in einem Einzelfall die Notwendigkeit, einen Schutz des Eigentümers zu schaffen. Man scheute sich aber, sogleich eine neue allgemeine juristische Form zu entwickeln, und ging über die Grenzen des vorliegenden Falls nicht hinaus. So bestimmt der aus dem Gutachten der königlichen Gesetzeskommission im Jahre 1802 hervorgegangene Anhangsparagraph 52 zu § 484 A. L. R. I. 10., daß Hypothekenrechte nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentum des verpfändeten Grundstücks in einer Person aufgehoben werden, solange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und daß der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen anderen abtreten kann. Dies war also die erste gesetzliche Anerkennung einer Hypothek des Eigentümers, eine Aufrechterhaltung der in die Hand des Eigentümers übergegangenen Hypothek zum Schutze gegenüber den Nachhypothekaren und zum Nutzen des Eigentümers selbst, der die Post gültig weiterbegeben konnte.*)

Der einmal erfaßte Gedanke fand eine weitere Ausgestaltung in der Deklaration vom 3. April 1824. Hier wurde bestimmt, daß ein Erlöschen auch für den Fall nicht einträte, wenn der Gläubiger durch den Eigentümer befriedigt würde. Der Eigentümer sollte vielmehr „alle Rechte eines Zessionars dieser Hypothek genießen, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Zession oder nur eine Quittung erteilt worden ist, indem für diesen Fall die bloße Quittung so ausgelegt werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Zession enthalten wäre."

Eine neue Regelung fanden die liegenschaftlichen Rechte in den Gesetzen von 1872. Der Begriff der Hypothek, wie sie im römischen Recht begründet und vom Allgemeinen

*) s. v. d. Hagen: Die Hypothek des Eigentümers S. 238 ff.

Landrecht übernommen war, wurde beibehalten und für das Entstehen, wie Bestehen dieses Rechts das Vorhandensein einer gültigen Forderung verlangt. Doch nahm man in das System neu auf neben dieser akzessorischen Form der Grundstücksbelastung ein Pfandrecht, das formell von jeder Forderung abgelöst war, — die Grundschuld.*) Diese hatte sich im deutschen Partikularrecht ausgebildet und war im Mittelalter in der Satzung der Landrechte sogar die herrschende Form der Belastung gewesen, während in der Satzung der Stadtrechte beide Arten von Grundstückspfandrechten gleichmäßig üblich waren.**) In der mecklenburgischen Gesetzgebung hatte sich bis ins 19. Jahrhundert die Haftung der Grundstücke ohne persönliche Haftung des Eigentümers rein erhalten. Hand in Hand mit dieser Entwicklung ging in den Gesetzen von 1872 der Ausbau des Pfandrechts des Eigentümers nach den beiden Richtungen als Hypothek und Grundschuld des Eigentümers. Es ist erklärlich, daß der Zusammenhang von der Eigentümerhypothek mit der Gläubigerhypothek noch immer gewahrt wurde, indem auch die Eigentümerhypothek stets noch von einer Forderung abhängig gedacht und demgemäß das Entstehen eines solchen Rechts abgelehnt wurde bei ungültiger Forderung. So konnte auch aus dem Eintrag einer Kautionshypothek nie eine Eigentümerhypothek entstehen, sondern diese mußte erst, nachdem die Größe des Anspruchs, für den das Grundstück haften sollte, festgestellt war, in eine Hypothek umgeschrieben werden, bevor sie zur Eigentümerhypothek sich gestalten konnte (§ 67 E. E. G.). Für die Grundschuld fielen alle diese Beschränkungen fort, da sie von einer persönlichen Forderung unabhängig war. Deshalb gelangte man dorthin, dem Eigentümer die Befugnis zu geben, auf seinen Namen Grundschulden eintragen zu lassen (§ 27 E. E. G.). Einen selbständigen Eintrag einer Eigentümerhypothek gestattete das Gesetz nicht, weil es die

*) Für den Begriff wichtig: Bremer: Hypothek und Grundschuld. 1869.

**) s. Schröder: Deutsche Rechtsgeschichte § 61 S. 676.

Eigentümerhypothek — wie hervorgehoben — stets mit einer Forderung verknüpft sehen wollte.

Das Dogma des Gesetzes von der akzessorischen Natur der Hypothek wurde auch von der Praxis so streng beachtet, daß man, wie aus der Rechtsprechung des Obertribunals und des Reichsgerichts zu ersehen ist*), auch die persönliche Schuldforderung trotz der Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerrecht in der Person des Eigentümers als fortbestehend erachtete. Zwar ruhe sie während ihrer Vereinigung, träte aber als voll wirksam wieder hervor, sobald der Eigentümer über die Hypothek neu verfügte. Daß in Wahrheit hier das eigentliche Verhältnis von Hypothek und Forderung umgekehrt ist, wenn die persönliche Forderung für ein Akzessorium der Hypothek erklärt wird, ist aber nicht beachtet. Und es scheint auch, als ob der Grundsatz vom Ruhen der Forderung doch nicht überall sich hat durchführen lassen. So sagt das Reichsgericht (Band 3 S. 321 d. Entsch.): nur die rechtliche Möglichkeit sei anerkannt, daß auch das persönliche Schuldverhältnis infolge seiner Verknüpfung mit der Hypothek den Wirkungen der Konfusion entzogen bleibe und es wäre verfehlt, daraus einen allgemein gültigen Grundsatz abzuleiten, daß in allen Fällen der Eigentümerhypothek der Inhaber derselben mit den Rechten des Gläubigers die Verpflichtung des Schuldners vereinige.**)

---

*) Entscheidungen des Obertribunals Band 77 S. 169 und Band 81 S. 35.
Entscheidungen des Reichsgerichts Band 2 S. 200.

**) Zu dieser Entscheidung bemerkt Dernburg: Hypothekenrecht II § 39 S. 298: „Damit bricht aber die Basis der Entscheidungen des Obertribunals zusammen. Denn dieselbe beruht gerade auf der Auffassung, daß es die juristische Logik gebiete, daß sich die persönliche Forderung erhalte, wenn die Hypothek fortbesteht. Ist dies nichts Notwendiges, so spricht nichts dafür, den Fortbestand einer persönlichen Forderung da anzunehmen, wo Gläubiger und Schuldner dieselbe Person sind."

Zu einer klaren prinzipiellen Begriffsentwicklung der Hypothek des Eigentümers ist sonach das preußische Recht nicht durchgedrungen.

§ 5. Welche Behandlung hat das Pfandrecht an Grundstücken und damit auch die Eigentümerhypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden?

Die Grundschuld wurde in der Form übernommen, wie sie das preußische Recht gestaltet hatte:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus den Grundstücken zu zahlen ist (§ 1191 B. G. B.).

Ebenfalls erhielt sich die Bestimmung des Eigentum-Erwerbsgesetzes: „Eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden" im § 1196 B. G. B.

Für die Hypothek wollte der erste Entwurf streng die akzessorische Natur durchführen. Die zweite Kommission zur Beratung eines bürgerlichen Gesetzbuches erklärte dagegen in ihrer Mehrheit: „Es entspräche nicht dem Zuge der modernen Gesetzgebung, den Bestand der Hypothek von der Existenz einer persönlichen Forderung abhängig zu machen, sondern der Forderung nur die Bedeutung beizulegen, daß sie als Legitimation für den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück diene" (Protokolle III, S. 540). Dieser Satz wird denn auch vielfach noch als Beweismoment von Schriftstellern angeführt dafür, daß die Hypothek des B. G. B. kein akzessorisches Recht mehr darstelle.*) Doch betrachten wir die positiven Bestimmungen des Gesetzes, so tritt klar hervor, daß auch hier noch die Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung besteht. Schon die Definition des B. G. B. in § 1113 gibt dafür ein klares Beispiel:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt,

*) s. Hachenburg: Vorträge S. 241.
Leske: Das B. G. B. und das A. L. R. Band I S. 501.

eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist."

Ein weiterer Beleg ist der § 1192 B. G. B., nach dem auf die Grundschuld die Vorschriften der Hypothek entsprechende Anwendung finden sollen, soweit sich nicht daraus ein Anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Als der schlagendste Beweis für die Akzessorität der Hypothek ist aber der Grundsatz des § 1153 B. G. B. aufzufassen, wo es heißt:

„Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über, die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden."

Aus diesen angeführten Vorschriften ergibt sich zwingend die Annahme, daß das Gesetz die Hypothek nur als Zubehör der Forderung auffaßt.*)

Dagegen ist allerdings der Grundsatz der Selbständigkeit der Hypothek durchgeführt für die Eigentümerhypothek. Positiv ist im § 1163 B. G. B. ausgesprochen, daß im Fall des Nichtentstandenseins oder Erlöschens der Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, die Hypothek dem Eigentümer zufallen soll. Diese Unabhängigkeit der Eigentümerhypothek von der Forderung veranlaßt aber das Gesetz weiter im § 1177 zu bestimmen, es sollte sich die Eigentümerhypothek dann, wenn die persönliche Forderung dem Eigentümer nicht zusteht, in eine Grundschuld des Eigentümers umwandeln. Und auch in den Fällen, in denen sich die Hypothek des Eigentümers erhält, weil die Forderung auch dem Eigentümer zusteht, sollen jedenfalls die Grundsätze der Eigentümergrundschuld für die Zeit der Vereinigung Anwendung finden. Damit hat das Bürgerliche Gesetzbuch selbst anerkannt, daß für den Inhalt des Eigentümerpfandrechts das Bestehen oder Nichtbestehen einer Forderung ohne Einfluß sei. Diese Loslösung der Eigentümerhypothek von dem Vorhandensein einer Forderung gilt für alle Formen

*) Dernburg: Bürgerliches Recht III § 208 II.
Endemann: Bürgerliches Recht II § 115.

der Hypothek im B.G.B. und zwar nicht nur für die Brief- und Buchhypothek, sondern auch für die Sicherungshypothek. Deshalb erklärt es sich auch, daß in Abweichung von den im preußischen Recht für die Maximalhypothek gegebenen besonderen Vorschriften nach § 1185 Abs. 2 B.G.B. die Anwendung der Bestimmungen des Gesetzes über die Eigentümerhypothek für alle Sicherungshypotheken nicht ausgeschlossen ist.

§ 6. Mit dem Gedanken des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß das Eigentümerpfandrecht unabhängig sein soll von der persönlichen Forderung, für welche die Belastung geschaffen, ist zwar die eine Schwierigkeit in der Konstruktion der Eigentümerhypothek beseitigt, wie man nämlich die Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerrecht in einer Person zu erklären hätte. Der Lösung bedarf aber fernerhin noch die andere Frage nach Inhalt und Wesen des Eigentümerpfandrechts als des Rechts an der eignen Sache.

Da das Gesetz es vermeidet, in eine Definition dieses „Rechts an der eignen Sache" einzugehen, so bleibt es lediglich der Wissenschaft überlassen, diesen überaus komplizierten Begriff zu bestimmen. Hier herrscht auf diesem Gebiet, wie schon im preußischen Recht keine einheitliche Auffassung. Ein heftiger Streit von Meinungen über die verschiedenen Möglichkeiten in der Konstruktion der Eigentümerhypothek ist entbrannt. Im folgenden seien aber nur die Vertreter der Hauptgruppen aufgeführt.

Dernburg in seinem Bürgerlichen Recht (Band III S. 617) subsumiert die Eigentümerhypothek dem Pfandrechtsbegriff, indem er dartut, die Haftung für ein Leistensollen wäre auch hier begründet. Doch sei das Leistensollen ein eventuelles für den Fall, daß die Eigentümerhypothek künftig in andere Hände gerät als das Eigentum, oder daß mittelst der Zwangsversteigerung Erträgnisse auf die Post entfallen, welche dem Eigentümer gebühren. Es sukzediert nach seiner Theorie der Eigentümer in das Recht des ausscheidenden Gläubigers und erwirbt damit ein Pfandrecht an eigner Sache. Doch ist dieses Pfandrecht sicherlich ein ganz eigen-

artiges. Denn gerade während der Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person wird dem Eigentümer die für ein Pfandrecht wesentliche Befugnis vom Recht nie beigelegt, das Grundstück zum Verkauf zu bringen (§ 1197 B. G. B.), die man dem Eigentümer geben muß, wenn man annimmt, daß die Eigentümerhypothek ein wahres beschränktes dingliches Recht ist mit der Tendenz, das Eigentum „auszubeuten".*)

Auch Dernburgs Beispiel für eine gegenwärtige dingliche Belastung mit eventuellem Leistensollen — die Hypothek für eine künftige Forderung — kann nicht zur Begründung einer solchen Ansicht dienen. Denn hier ist das Pfandrecht für den Gläubiger schon begründet und wird voll wirksam, sobald der Gläubiger auch die Forderung erwirbt, während bei der Eigentümerhypothek gerade in der Hand des Eigentümers nie ein Leistensollen eintritt, sondern immer nur dann, wenn die Belastung aufgehört hat, eine Eigentümerhypothek zu sein.

So müssen wir erkennen, daß der Pfandrechtsbegriff zur Erklärung der Eigentümerhypothek hinsichtlich der Wirkung der Uebertragung auf einen neuen Gläubiger wohl befriedigt, doch die eigenartige Konstruktion des Gesetzes für die Zeit der Vereinigung des Rechts mit dem Eigentum nicht voll zu lösen vermag.

§ 7. Auch Fuchs will sich noch nicht in seinem Grundbuchrecht Band I von dem Begriff einer Hypothek bei der Konstruktion der Eigentümerhypothek trennen. Dabei stellt er, ohne daß hier darauf näher eingegangen zu werden braucht, die Natur der Grundschuld, Hypothek und Rentenschuld als die einer Wertobligation dar, d. h. die Geldbelastung des Grundstücks wird absolute Leistungspflicht des Eigentümers, nicht bloße Duldungspflicht, die

*) So auch Puntschart: Der Grundschuldsbegriff S. 63, der die Versagung der Zwangsversteigerung für einen „schlagenden Beweis" hält, daß Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld keine wirklichen Pfandrechte sind.

aber in ihrem Umfange auf die Kräfte des Grundstücks beschränkt ist. Demgemäß erscheint ihm die Grundschuld, als typischer Vertreter der Realobligation, den Kern der beiden anderen Arten der Belastungen zu bilden und die Natur der Hypothek: als eine Grundschuld, die mit einem Rechtszweck bekleidet ist, nämlich die Sicherstellung einer Forderung. Er kann infolgedessen die Konversion der Hypothek in eine Grundschuld des Eigentümers leicht darstellen, da sie notwendig eintreten muß, sobald die Bekleidung der Hypothek mit einer Forderung gefallen, sei es, daß die Forderung vom Gläubiger nicht erworben, sei es, daß sie erloschen ist. Denn dann zeigt sich wieder der Kern unverhüllt: die einfache Grundschuld.

So ist nach seiner Auffassung die Eigentümerhypothek Sukzession in eine Belastung, bald in die einer Hypothek, wenn die Forderung sich erhält, bald in die einer Grundschuld, wenn die Forderung nicht mit übergeht. Dabei muß Fuchs aber anerkennen, daß der Eigentümer natürlich mit der Eigentümerhypothek kein Recht gegen sich erhält, sondern nur gegen Dritte, nämlich die Befugnis, die nachstehenden Gläubiger abzuwehren und an der Entziehung des Grundstückswertes zu hindern. Ist aber damit dem Pfandrecht nicht ein Inhalt gegeben, wie das Gesetz ihn nicht kennt? Diese lediglich abwehrende Haltung des Rechts kann nicht den Bestimmungen im § 1113 und § 1191 entsprechen, wo es heißt, es ist an den Berechtigten aus dem Grundstück eine bestimmte Summe zu zahlen.

Fuchs scheute sich noch offen auszusprechen, daß die Eigentümerhypothek nur den Namen einer Hypothek trägt, inhaltlich aber mit diesem Recht nicht zusammenhängt. Was ihn davon zurückhält, ist das Dogma der Pfandunteilbarkeit. Bestände dieses nicht, so führt er selbst aus (S. 520), könnte man die dem Eigentümer zufallende Befugnis, Dritte abzuwehren, als Inhalt des freigewordenen Eigentums qualifizieren. Im Rahmen des Gesetzes müsse er aber unter einer Eigentumshypothek ein „unvollkommenes" Pfandrecht verstehen, unvollkommen deswegen, weil der Eigentümerhypothekar nicht die Zwangsver-

steigerung betreiben kann. Diese Auffassung eines unvollkommenen Pfandrechts wird aber als in sich unklar wenig zum Verständnis des Wesens der Eigentümerhypothek beitragen.

§ 8. In ganz eigenartiger Weise will die Wertparzellentheorie die Natur der Eigentümerhypotheken erklären. Im Anschluß an von der Hagens: Lehre von der Eigentümerhypothek*) ist sie für das heutige Recht begründet und näher ausgeführt von Oberneck in seinem Grundbuchrecht. Ihren Ausgangspunkt nimmt diese Lehre vom deutschen Recht und zwar vom Rentenkauf. In der Tat finden sich in den alten Stadtrechten von Lübeck, Hamburg, Bremen**) Renten vor, die sich darstellen als Belastungen von Wertteilen des Grundstücks. War einem Gläubiger ein Grundstück zu einer bestimmten Summe verhaftet, so konnte eine weitere Belastung derselben Sache nur unter der Bedingung vorgenommen werden, daß der Gesamtwert des Grundstücks den Wert der Rente überstieg und eben nur dieser Mehrwert, die „melioratio", haftete dem Nachgläubiger. Nach diesem Prinzip konnten hintereinander mehrere Belastungen geschaffen werden aber in der Art, daß jeder Gläubiger auf seine bestimmte Quote angewiesen war von vornherein und für immer. Jedes Nachrücken war ausgeschlossen. Fiel ein Rentengläubiger aus, so ging das Wertrecht auf den Eigentümer zur freien Verfügung über. Nach Belieben konnte also dieser die Wertquote als Belastung einem neuen Gläubiger zuweisen oder für sich zurückhalten.

Dieses hanseatische, insbesondere lübische Stadtrecht hatte sich erhalten in den mecklenburgischen Hypothekenordnungen. Streng ist hier das Prinzip der festen Stellen — das Lokusprinzip — durchgeführt. Der Wert wird nicht für jeden Hypothekar ungeteilt belastet, sondern der dem Recht bei der Begründung zugewiesene Wertteil, der sich

*) v. d. Hagen: Die Hypothek des Eigentümers. 1836.

**) s. Schröder: Über eigentümliche Formen des Miteigentums. 1896.

nach außen kennzeichnet als bestimmter Rang im Grundbuch, haftet allein. Und wie im alten deutschen Recht erwirbt auch hier die Stelle im Grundbuch, deren Belastung für den ursprünglichen Gläubiger wegfällt, der Eigentümer.

Auf dieser sicherlich klaren Grundlage baut die heutige Wertparzellentheorie auf und will auch in dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches das Prinzip des festen Ranges anerkannt finden. Der Eigentümer soll bei Bestellung eines Rechts nur einen bestimmten Wertteil aussondern, der kraft der Rangordnung im Grundbuch eine bestimmte Stelle einnimmt. Wird der Wertteil wieder von der Haftung frei, weil der Zweck der Belastung wegfällt, so muß er notwendigerweise in die Hand des Eigentümers zurückkehren, der jetzt als der Verfügungsberechtigte über den in der Form der Eigentümerhypothek grundbuchlich ausgeschiedenen Wertteil erscheint. Es wird also mit dieser Eigentümerhypothek dem Eigentümer kein Recht gegeben, das sich gegen das Eigentum richtet, sondern es steht ihm infolge der formalen Aufrechterhaltung der Eintragung nur die Befugnis zu, den Wertteil neu belasten, andrerseits aber auch die Nachhypothekare von der Aneignung der Wertquote in der Zwangsversteigerung abhalten zu können. Diese Auffassung entspricht zwar völlig dem Grundgedanken, aus dem heraus der Gesetzgeber eine Eigentümerhypothek schuf, sie ist aber nicht vereinbar mit der Form, in der im heutigen Recht dieses Prinzip zum Ausdruck gelangt ist. Es verkennt diese Lehre den geschichtlichen Werdegang unseres Hypothekenwesens. Das Dogma der Unteilbarkeit der Pfandsache, verbunden mit dem Prinzip des Vorrückens der Nachhypothekare, muß auch heute noch als das herrschende bezeichnet werden. Im Eigentumserwerbgesetz wurde im § 62 ausdrücklich dieses gemeinrechtliche Prinzip anerkannt und das deutschrechtliche, wiewohl von mancher Seite warm empfohlen, verworfen. Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches gründete sich völlig auf römischrechtlichen Begriffen im Hypothekenrecht. Die zweite Kommission hat in dieser Hinsicht keine Neuerung einführen wollen, ja sogar sie hat

sich offen bekannt, für das Dogma der Unteilbarkeit der Pfandhaftung. Den § 1102 des ersten Entwurfes, der eine Eintragung einer neuen Hypothek an Stelle der erloschenen verbietet, lehnte sie als überflüssig ab, mit der Begründung, daß eine solche Bestimmung sich als selbstverständliche Konsequenz von dem Grundsatz des Nachrückens der Nachhypothekare ergebe.*) Mit Recht führt auch Dernburg**) gegen die Wertparzellentheorie an, daß schon in den Definitionen der Hypothek und Grundschuld in den §§ 1113 und 1191 die Ablehnung heranträte, insofern diese Rechte als Belastungen des „Grundstücks" bezeichnet wurden, damit also des ganzen Grundstücks. Nicht so einleuchtend scheint aber sein weiterer Gegenbeweis zu sein: „Sie ergibt sich als handgreiflich unrichtig in den Fällen, in denen durch eingetragene Rechte der Grundstückswert bereits völlig erschöpft ist, dennoch aber neue Eintragungen von Pfandrechten vorgenommen werden". Wie will aber Dernburg den Wert des Grundstücks absolut als einen, ein für allemal festen bestimmen können. Der Wert richtet sich nach dem Verkehr und steht mit diesem in engster Wechselbeziehung. Ein Recht, das zur Zeit der Bestellung aus dem Werte oder seiner Wertquote vielleicht keine Befriedigung erhalten würde, kann innerhalb kurzer Zeit bei Steigung des Grundstückswertes die beste Sicherung erfahren.

Keine genügende Erklärung gibt die Wertparzellentheorie weiter auch für den Vorgang des „Aufrückens" der Nachhypothekare kraft Gesetzes im Falle des Erlöschens der Hypothek so z. B. im § 1175 Abs. 1. Wenn von vornherein einem jeden Gläubiger eine bestimmte fest begrenzte Wertquote verpfändet ist, so liegt der Gedanke fern, daß doch in gewissen Fällen eine Verbesserung der Rangstellung kraft Gesetzes eintritt. Hier eben erkennt man klar, daß das Dogma der Pfandunteilbarkeit doch noch im Bürgerlichen Gesetzbuch gewahrt ist, das diese Lehre verwerfen will.

*) s. Protokolle III S. 614.

**) Dernburg: Bürgerliches Recht III § 209 Ziff. 3.

Wenn sie nun dieses „Aufrücken" der Nachhypothekare auf eine stillschweigende Bewilligung des Eigentümers zurückführt, so ist dies offenbar nur ein Notbehelf.

Aus alledem erhellt, daß auch die Wertparzellentheorie nicht völlig geeignet ist, die Natur der Eigentümerhypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch zu erklären.

§ 9. Noch weiter von der herrschenden Auffassung der Eigentümerhypothek als einer hypothekengleichen Belastung hat sich Kindel in seiner Konstruktion entfernt.*) Er sieht in ihr nur das Mittel des modernen Rechts, die in das Eigentum zurückkehrenden Rechte besonders kenntlich zu machen und auf die Dauer gegen das Vorrücken der nacheingetragenen Gläubiger zu schützen. Seine Lehre verstößt aber, ohne daß hier darauf näher eingegangen werden kann, gegen den Grundgedanken des Bürgerlichen Gesetzbuches, das der Eigentümerhypothek eine vom Eigentum losgelöste Stellung einräumen will. Und auch die Konsequenzen seiner Auffassung sind so schroffe, daß ihm schon deshalb unmöglich beigetreten werden kann. Da die Eigentümerhypothek Teil des freien Eigentums sei oder Pertinenz desselben, so nimmt er an,**) sei sie in der Regel den nacheingetragenen Gläubigern mit verhaftet. Er glaubt dieses Ergebnis bestätigt zu sehen in einzelnen Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes, die von der Behandlung einer nicht bestehenden Hypothek reden.***) Doch findet sich in diesen Vorschriften kein Anhalt dafür, daß eine solche Annahme dem Willen des Gesetzes entspräche. Bis zum Augenblick der Beschlagnahme des Grundstücks könnte nach Kindels Ansicht der Eigentümer über die Eigentümerhypothek durch Abtretung einer Hypothek oder Grundschuld verfügen und sich so den dem Rechte entsprechenden Geldwert sichern. Aber im Augenblick der Beschlagnahme hört seine Zessionsbefugnis auf, die nach-

*) Kindel: „Betrachtungen über die Eigentümerhypothek" in der Festgabe für Koch 1903.

**) S. 87 der Festgabe.

***) §§ 50, 125, 130 d. Zwangsverst.-Gesetzes.

stehenden Gläubiger rücken vor und befriedigen sich aus der vom Gesetz geschaffenen Schutzstellung des Eigentümers, die hier versagen soll. Damit würde „das natürliche Verhältnis" zwischen hypothekarischen und gewöhnlichen Gläubigern wiederhergestellt.*) Das ist aber unrichtig. Denn gerade nach dieser Auffassung werden die Pfandgläubiger besser gestellt, als sie nach dem Rang ihrer Begründung erwarten durften. Im übrigen bleibt es aber unerklärlich, warum das Bürgerliche Gesetzbuch in der anderen Form der Zwangsvollstreckung, der Zwangsverwaltung, dem Eigentümer den Anspruch auf Zinsen zugesteht (§ 1196). Gerade in dieser Bestimmung kommt der Wille des Gesetzes zum Ausdruck, auch in der Zwangsvollstreckung das Recht des Eigentümers an der Eigentümerhypothek gegenüber den Nachhypothekaren aufrecht zu erhalten in demselben Umfange wie vor der Beschlagnahme. Die Kindelsche Ansicht scheint deshalb wenigstens in dieser Konsequenz nicht dem Gesetz zu entsprechen und wird auch weder von der Wissenschaft**) noch von der Praxis***) anerkannt.†)

§ 10. Indem so die einen der dargelegten Auffassungen der Eigentümerhypothek von Voraussetzungen ausgehen, die im Gesetz nicht enthalten sind, andere aber wiederum in ihrer Durchführung zu einem Resultat gelangen, das sicherlich vom Gesetz nicht beabsichtigt ist, kann keine von ihnen zur Grundlage der späteren Ausführungen angenommen werden.

---

*) Kindel: in der Festgabe S. 89.

**) Jäckel: Kommentar zum Reichsgesetz über die Zwangsverst. § 23 Ziff. 3a: Da der Schuldner befugt ist, auf ihn übergegangene Posten als eine ihm zustehende Grundschuld in der Zwangsversteigerung zu liquidieren, kann er sie auch nach der Beschlagnahme auf einen Dritten übertragen.

***) Entscheid. des Reichsgerichts Band 55 S. 217.

†) Ähnliche Gedanken, wie sie Kindel und Oberneck für die Eigentümerhypothek entwickelten, kehren noch vielfach in der Wissenschaft wieder. So erklärt Staub [im Archiv für bürgerliches Recht Band V S. 45]: „Die Eigen-

Vielleicht gelingt es, schon aus den positiven Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches heraus zu einer befriedigenden Lösung des Wesens der Eigentümerhypothek durchzudringen, wenn wir uns die geschichtliche Entwicklung und das wirtschaftliche Bedürfnis, aus dem heraus das Gesetz dieses Recht geschaffen hat, vor Augen halten.

Wir sahen oben, daß das Pfandrecht sich als eine Belastung des Wertes eines Grundstücks darstellt, die aber nicht auf dem Wert in seiner ganzen Ausdehnung, sondern nur auf einem Wertteil ruhen soll. Zur Bestellung eines solchen Pfandrechts bedarf es: der Einigung des Eigentümers und des anderen Teils und der Eintragung im Grundbuch (§ 873 B. G. B.). Diese Eintragung stellt sich inhaltlich dar, als die auf Grund einer rechtswirksamen Willenserklärung des Eigentümers bewirkten Ausscheidung eines Wertteils, der die Grundlage bilden soll für das Gläubigerrecht. Ist aber einmal die Eintragung formell gültig erfolgt, so überdauert sie nach dem Willen des Gesetzes die Existenz des Gläubigerrechts, für das die Ausscheidung vorgenommen ist. Wie die Ausscheidung auf einer selbständigen Willenserklärung beruht, so soll auch das Zusammenfließen des ausgeschiedenen Wertteils mit dem Eigentum nicht kraft Gesetzes eintreten, sobald die Belastung wegfällt, sondern wiederum erst nach einer selbständigen Willenserklärung des Eigentümers, der die Löschung der Eintragung beantragt. Bis zur Löschung erhält das Bürgerliche Gesetzbuch den formellen Pfandrechtseintrag aufrecht für den Eigentümer, indem es sagt: „die

---

tümerhypothek spotte jeder Subsumtion unter den Gattungsbegriff." Nach Puntschart [Grundschuldbegriff S. 67] wurzelt sie in rein praktischen Zwecken, die mit einer echten Grundschuld für den Eigentümer als Berechtigten nichts zu tun habe. Und Goldschmitt [„Noch einmal die Eigentümerhypothek" im Archiv für bürgerl. Recht Band 20 S. 23] will sogar in ihr nur einen dem Eigentümer zur Verfügung gestellten, verwaltungstechnischen Apparat sehen, mit dem der Eigentümer je nach Bedarf bald diese, bald jene Rechtswirkung hervorzubringen vermag.

Hypothek steht dem Eigentümer zu". So stellt sich dieses Eigentumspfandrecht dar als die buchmäßige Bezeichnung für den Anspruch des Eigentümers auf einen ausgeschiedenen Wertteil, dessen Belastung für den Gläubiger materiell erloschen ist. Den Inhalt dieses Rechts des Eigentümers bildet aber die Befugnis, einerseits die nachstehenden Gläubiger kraft der Eintragung von der Aneignung des Wertteils bei der Zwangsvollstreckung abzuhalten, andrerseits aber den aufrecht erhaltenen Eintrag zur Grundlage einer neuen Gläubigerbelastung zu gestalten.*) Mit dem Eigentum identisch ist dieses Recht nicht, sondern es ist ein formell selbständiges Recht, das zwar mit dem Eigentum das Subjekt gemeinsam hat, innerlich aber nicht mit ihm zusammenfließt, sondern selbständig besteht und eignen Wandlungen unterliegen kann.**) Aus dieser rechtlichen Auffassung heraus ist dem Eigentümer auch als Verfügungsberechtigten über den Wertteil die Verwertung seines Rechts im Wege der Zwangsvollstreckung versagt (§ 1197 B. G. B.) — ein Ergebnis, das auch vom praktischen Gesichtspunkte zu billigen ist, insofern „ein wirtschaftlich gesundes Interesse" des Eigentümers selbst in sein Grundstück die Zwangsvollstreckung zu betreiben***) nicht vorhanden ist. Dagegen kann folgerichtig der Eigentümer, wenn von einem Gläubiger die Zwangsverwaltung beantragt ist, die Zinsen beanspruchen, welche auf den ihm zustehenden Wertteil entfallen (§ 1197 Abs. 2 B. G. B.). Desgleichen wird in der Zwangsversteigerung das Pfandrecht des Eigentümers als formell grundbuchlicher Posten berücksichtigt, so daß das eingetragene Recht vom Erwerber im geringsten Gebot mit übernommen wird (§ 45 Zwgsverstgesetz.) oder der Eigentümer aus dem Bargebot eine seinem Wertteil entsprechende Summe erhält (§ 49 Zwgsverstgesetz.). Doch was der Eigentümer aus der Zwangsversteigerung empfängt, erhält er nicht als Befriedigung eines neben dem Eigen-

*) Giecke: Deutsches Privatrecht II § 166 II.

**) Eck: Vorträge II S. 307, Förster in Eccius Preuß. Privatrecht III § 200 S. 616.

***) s. Hachenburg: Vorträge S. 246.

tum bestehenden selbständigen Anspruchs, sondern als den Betrag eines in Geld umgesetzten Wertteils seines Grundstücks.

Aber in konsequenter Ausdehnung des Prinzips gibt das Bürgerliche Gesetzbuch ein Eigentümerpfandrecht nicht nur an einem ausgeschiedenen Wertteil, der schon als Grundlage einer pfandrechtlichen Belastung gedient hat, sondern läßt es auch in dem Fall entstehen, wenn der Eigentümer den Wertteil ausscheidet für eine Belastung zu seinen Gunsten. Für die Eintragung ist nach § 1196 B. G. B. erforderlich; die Ausscheidung des Wertteils und die Erklärung des Eigentümers, daß die Belastung für ihn eingetragen werden soll. Nur diese beiden Voraussetzungen müssen vorliegen zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld.

Vergleichen wir diese Bestimmung mit den Vorschriften über die Bestellung eines Gläubigerpfandrechts, so erhellt, daß bei gleicher Grundlage in dem einen Falle der Wertteil sich freierhält in der Hand des Eigentümers vermöge der Willenserklärung, ihn für sich zu erwerben, in dem anderen Fall der Wertteil gebunden wird für das Recht des Gläubigers. Doch wird auch in diesem zweiten Falle der Wertteil nicht nur ausgeschieden zur Belastung für diesen Gläubiger. Vielmehr ist stets in der Belastungserklärung für einen Gläubiger auch die Willenserklärung des Eigentümers enthalten, für den Fall des Erlöschens des Nichtzustandekommens des Gläubigerrechts den Wertteil sich zu wahren gemäß § 1196 B. G. B. als Eigentümergrundschuld. Dieser Wille, freilich niemals ausdrücklich erklärt, muß aber in jeder Pfandbestellung als stillschweigend eingeschlossen angenommen werden.*) Ähnlicher Ansicht scheinen auch die Protokolle zu sein. Denn sie sagen:**) „Wenn eine Hypothek begründet würde, so liege darin die

*) s. a. Schilde: Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 32. Vgl. Giecke, Deutsches Privatrecht II § 166[29]. Obwohl Giecke bei unwirksamen dinglichen Verträgen die Entstehung einer Eigentümergrundschuld verneint, scheint ihm diese von Schilde zuerst durchgeführte Anschauung am ehesten noch annehmbar zu sein.

**) Protokolle Band III S. 603 Nr. II.

Bestellung einer Eigentümerhypothek. Letztere könne nicht geltend gemacht werden, solange sie mit dem Recht des Gläubigers belastet sei. Falle aber das Recht des Gläubigers fort, so gelange die Eigentümerhypothek zur Wirksamkeit und ohne einen Akt der Übertragung." Mit dieser Auffassung ist eine einheitliche Grundlage für das Eigentümerpfandrecht geschaffen. Denn in allen Fällen erfolgt die Entstehung der Eigentümergrundschuld durch einen Willensakt des Eigentümers, sei es dann wenn er die Grundschuld für sich eintragen läßt, sei es wenn sich eine Gläubigerbelastung in ein Eigentümerpfandrecht umwandelt. Es wird eben vom Gesetz unwiderlegbar vermutet, daß in jeder Eintragungserklärung der Wille des Eigentümers, den ausgeschiedenen Wertteil sich zu erhalten, schon eingeschlossen ist.

Eine von dem entwickelten Gedanken abweichende Bestimmung scheint allerdings das Bürgerliche Gesetzbuch im § 1177 Abs. 2 zu enthalten. Für den Fall, daß dem Eigentümer neben dem Wertteil auch die persönliche Forderung, für welche das Grundstück verpfändet ist, zusteht. Hier wächst dem Eigentümer der ausgeschiedene Wertteil nicht als Grundschuld zu, vielmehr wird sein Recht, weil ihm auch die Forderung gehört, als Hypothek bezeichnet. Es erklärt sich diese Abweichung daraus, daß der Gesetzgeber noch nicht den Gegensatz von Eigentümerpfandrecht und Gläubigerpfandrecht scharf erfaßt hatte und deshalb den alten Zusammenhang von Hypothek und Forderung auch hier nicht aufgeben wollte. Für den Inhalt des Rechts des Eigentümers am eigenen Grundstück ist es ohne Einfluß, ob für den Eigentümer noch ein persönlicher Anspruch gegen einen Dritten neben her geht.*) Deshalb bestimmt auch das Gesetz, daß für die Zeit der Vereinigung von Hypothek und Eigentum die Vorschriften der Eigentümergrundschuld Anwendung finden sollen. Lediglich in der

*) Cosack: Lehrbuch II § 225.
Hachenburg: Vorträge. S. 248: Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld sind identisch.

Hinsicht ist diese Unterscheidung wichtig. Wo sich in der Hand des Eigentümers die Forderung erhalten hat, kann sich der Eigentümer der alten Eintragung bedienen bei einer Übertragung*) der Hypothek, ohne im Grundbuch wieder ein neues obligatorisches Element begründen zu müssen d. h. er kann die Forderung samt der Hypothek zedieren gemäß § 1153 ff. Anders dagegen geht die Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Gläubigerhypothek vor sich, die das B. G. B. im § 1198 zuläßt. Hier ist es erforderlich, daß die persönliche Forderung, die zwischen den Parteien besteht, und zu deren Sicherung das Pfandrecht übertragen werden soll, auch im Grundbuch zur Erscheinung kommt. Geschieht dies nicht, so geht nie eine Hypothek über, sondern immer nur eine Grundschuld, die abstrakte Belastung.

§ 11. Ist es uns gelungen, eine juristische Konstruktion der Natur des Eigentümerpfandrechts gefunden zu haben, die auch mit den gesetzlichen Vorschriften vereinbar ist, so können wir nunmehr an die Frage herantreten, ob eine Eigentümergrundschuld entstehen kann, wenn eine Hypothek mangels dinglicher Einigung nicht entstanden ist.

Man hatte schon in der zweiten Kommission zur Beratung eines Bürgerlichen Gesetzbuches diese Möglichkeit berührt. Der gestellte Antrag lautete**): „Dem Eigentümer auch dann, wenn eine eingetragene Hypothek unwirksam sei, das Recht zu gewähren, an die Stelle dieser Hypothek eine andere oder mehrere andere eintragen zu lassen". Die Zulassung einer Eigentümerhypothek wurde aber abgelehnt, da eine solche Konstruktion als eine Überspannung ihres Prinzips und eine Erweiterung der Rechte

*) Das Reichsgericht (Entsch. Band 54 S. 85) spricht in einem solchen Fall von „Abtretung", obwohl die Rechte des Hypothekengläubigers anders gestaltet sind als die des Eigentümerhypothekars. Hierzu s. a. Eck: Vorträge über das B. G. B. Band II S. 293 Anm. 1.

**) Protokolle Band III S. 601.

des Eigentümers aufzufassen sei, für die kein praktisches Bedürfnis vorliege.

Aber auch noch in anderer Fassung taucht derselbe Gedanke in folgendem Antrag auf*): „Ist eine unwirksame Hypothek eingetragen, so ist, wenn nach der Eintragung Rechte an dem Grundstücke eingetragen werden, anzunehmen, daß diese Rechte mit dem im § 834c [jetzt § 881 B. G. B.] bestimmten Vorbehalt für die Eintragung einer Hypothek von dem Betrage der unwirksamen Hypothek begründet worden sind". Jedoch wurde eine solche Bestimmung in den Entwurf nicht aufgenommen, weil zwar dadurch die Einheitlichkeit des Gesetzes nicht zerstört würde, aber kein zwingendes Bedürfnis vorläge, insofern der Eigentümer, ja bei der Bestellung der späteren Belastungen, den Vorbehalt erklären könnte. Hierbei ist aber übersehen worden, daß sehr häufig der Eigentümer erst nach Errichtung weiterer Hypotheken in der Lage ist, die Unwirksamkeit der ersten Belastung zu erkennen.

Sonach erhellt, daß das Gesetz weder positiv eine Vorschrift zum Schutze des Eigentümers gegen das Aufrücken der Nachhypothekare in unserer Frage aufgenommen, noch auch diesen Schutz des Eigentümers ausdrücklich versagt hat.

Wir wollen deshalb prüfen, ob nicht das Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Grundgedanken des Eigentümerpfandrechts heraus auch in unserem Falle der fehlenden dinglichen Einigung eine Eigentümergrundschuld zuläßt und so den Eigentümer vor den Nachhypothekaren schützt.

Zur Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek ist, wie bei der Schaffung eines jeden dinglichen Rechts an einem Grundstück, notwendig: Einigung und Eintragung (§ 873 B. G. B.). Die Einigung bildet einen abstrakt dinglichen Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger, indem sie sich einverstanden darüber erklären, daß eine Belastung auf dem Grundstücke errichtet werde. Vom Rechtsgrund des Erwerbes ist die Einigung

*) Protokolle Band III S. 603.

unabhängig. Gebunden an ihre Willenserklärungen sind die Parteien aber nur dann, wenn den im § 873 Abs. 2 B. G. B. aufgestellten Vorschriften entsprochen ist. Für die Fälle der Übertragung des Eigentums und der Schaffung des Erbbaurechts gelten allerdings die besonderen Bestimmungen der §§ 925 und 1015 B. G. B. Hier muß die Einigung der Parteien bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Zur dinglichen Rechtsänderung ist weiter erforderlich die Eintragung in das Grundbuch. Nach dem für den Grundbuchsverkehr wichtigen § 19 G. B. O. findet eine Eintragung in den meisten Fällen statt, ohne daß von den Parteien die Einigung nachgewiesen zu werden braucht, auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird (formelles Konsensprinzip). Nur in den schon oben erwähnten Fällen der Auflassung und der Bestellung eines Erbbaurechts muß das Grundbuchamt das Vorhandensein der Einigung von Amtswegen prüfen (§ 20 G. B. O.) [Legalitätsprinzip], auch dann, wenn die Einigung partikularrechtlich nicht vor dem Grundbuchamt stattzufinden braucht (E. G. zum B. G. B. § 143).

Mit dem formellen Konsensprinzip ist die Möglichkeit gegeben, daß eine Eintragung eines Rechts auch geschehen kann, ohne daß unter den Parteien die Einigung erfolgt ist. Es entsteht dann aber, falls die Eintragung vor der Einigung stattgefunden hat, das Gläubigerrecht nicht sofort mit dem Eintrag, wie in den Fällen, wo die Einigung vorangegangen ist, sondern erst in dem Momente, wenn zwischen den Beteiligten auch die Einigung erzielt ist. Die Hypothek des Gläubigers ist also suspensiv belegt, während die nach dem oben entwickelten Prinzip gleichzeitig entstehende Eigentümergrundschuld resolutiv bedingt ist. Findet die Einigung statt, so wird das Recht des Gläubigers unbedingt, während das Recht des Eigentümers wegfällt. Erklären die Parteien nicht die Einigung, so stehen dem Eigentümer die Eigentümer unbedingt zu. Das Grundbuch ist unrichtig geworden.

§ 12. Wann erscheinen aber die Einigungserklärungen als nicht rechtsbeständig? Diese Frage richtet sich nach den Vorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch im allgemeinen Teil § 104 ff. für Rechtsgeschäfte aufgestellt hat. Danach kann der dingliche Vertrag nicht oder nicht voll wirksam sein, weil auf der einen oder anderen Vertragsseite die Erklärung wesentlich beeinflußt ist, durch:

I. Irrtum, Täuschung, Drohung;
II. Mentalreservation, Simulation, Scherz, Unsittlichkeit;
III. Geschäftsbeschränktheit, Geschäftsunfähigkeit, fehlende Verfügungsbefugnis.

Klar ist freilich, daß diese Rechtsmängel die Hypothek für den Gläubiger nicht entstehen lassen können. Es frägt sich aber, ob nicht trotzdem nach unsrer obigen Entwicklung des Wesens des Eigentümerpfandrechts in dem einen oder anderen Falle eine Eigentümergrundschuld mit der Eintragung erwächst.

§ 13. Das Eigentümerpfandrecht gründete sich auf der für alle Eintragungen gleichartigen Ausscheidung von Wertteilen und der bald ausdrücklichen, bald stillschweigend darin enthaltenen Willenserklärung des Eigentümers, die Ausscheidung zu seinen Gunsten als eine Eigentümergrundschuld aufrecht zu erhalten. Voraussetzung zur gültigen Ausscheidung ist natürlich, daß sowohl kein Verstoß gegen die Formalien*) der Eintragung begangen ist, als auch daß der Eigentümer einen rechtswirksamen Willen äußern konnte und geäußert hat. Denn anders ist nie eine Ausscheidung erfolgt und weder ein Gläubigerrecht noch ein Recht des Eigentümers zur Entstehung gelangt.

Hat der Eigentümer also seinerseits eine gültige Ausscheidung vorgenommen, ist aber die dingliche Einigung der beiden Parteien trotzdem nicht zu stande gekommen, so muß in allen Fällen der Eintrag im Grundbuch als

*) Wie Angabe des Gläubigers, Geldbetrag der Belastung, Zinshöhe (§ 1115 B. G. B.).

Eigentümergrundschuld aufrecht erhalten werden. Dabei ist es gleichgültig, ob der Gläubiger überhaupt keine Einigungserklärung abgegeben hat, oder ob einer der oben angeführten Mängel die Erklärung vernichtet, sei es daß sie anfechtbar war und vom Gläubiger binnen gesetzlicher Frist angefochten wurde, sei es daß sie sogar nichtig war von vorn herein.

Wie gestaltet sich aber das Ergebnis, wenn zwar die Einigungserklärung des Gläubigers rechtswirksam vorliegt, auf Seiten des Eigentümers dagegen eine Belastungserklärung abgegeben ist, die anfechtbar oder nichtig ist.

I. Ist der Eigentümer zum Abschluß des dinglichen Vertrages durch einen Irrtum bewogen worden, der den Voraussetzungen des § 119 B. G. B. entspricht, so kann er die Willenserklärung anfechten, die darauf gerichtet war, auf den ausgeschiedenen Wertteil eine Belastung für den Vertragsgegner zu errichten. Die Erklärung kann der Eigentümer auch dann anfechten, wenn sie infolge einer Täuschung, die vom Gläubiger verübt ist, oder von einem Dritten, dessen Täuschung der Gläubiger kannte oder kennen mußte, oder aber infolge Drohung abgegeben ist (§ 123 B. G. B.).

Diese Anfechtung hat im Falle des Irrtums unverzüglich nach der Kenntniserlangung (§ 121 B. G. B.), im Falle der Täuschung oder Drohung innerhalb Jahresfrist zu erfolgen, nachdem der Eigentümer die Täuschung entdeckt oder seine Zwangslage aufgehört hat (§ 124 B. G. B.). Sie vernichtet den dinglichen Vertrag (§ 142 B. G. B.), der zur Begründung einer rechtswirksamen Gläubigerhypothek erforderlich ist. Die Gläubigerhypothek ist damit hinfällig geworden. Zu seiner Wirksamkeit erhebt sich aber nunmehr der stets in dem Eintragungsantrag liegende Wille des Eigentümers, für den Fall des Nichtzustandekommens der dinglichen Belastung den ausgeschiedenen Wertteil für sich zu erwerben. Und kraft Gesetzes wird dem Eigentümer eine Eigentümergrundschuld gegeben, da ja dann die Voraussetzungen des § 1196 B. G. B. erfüllt sind.

II. Nichtig ist dagegen die Einigung, wenn der Eigentümer sich bei der Erklärung, er wolle den ausgeschiedenen

Wertteil belasten insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen und zugleich die Gegenpartei den Vorbehalt kennt (§ 116 B. G. B.). Ebenfalls nichtig ist die Erklärung, die dem anderen mit dessen Einverständnisse nur zum Schein (§ 117 B. G. B.) oder nur im Scherz abgegeben ist (§ 118 B. G. B.).

Man könnte vielleicht Bedenken tragen, hier auch die Fälle einzufügen, in denen der abgeschlossene Hypothekenvertrag gegen die guten Sitten verstößt, insbesondere weil ihm ein Wucher zu Grunde liegt. Denn im allgemeinen wird von der Nichtigkeit nur das obligatorische Geschäft getroffen werden können, weil nur dieses die Causa des Wuchers tragen kann, während der abstrakte dingliche Vertrag rechtsgültig besteht. Doch liegt die Möglichkeit nicht so fern, wie es auch jüngst das Reichsgericht in seinen Entscheidungen (Band 57 S. 96) betont hat, „daß häufig von den Kontrahenten eine Abhängigkeit in Gestalt der Bedingtheit des Geschäfts von der rechtlichen Wirksamkeit des obligatorischen Geschäfts gewollt ist". Dann allerdings wird von der Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts auch das dingliche ergriffen, und eine Einigung liegt nicht vor. Eine rechtswirksame Gläubigerhypothek kann deshalb auch in allen Fällen nicht aus der Eintragung entstehen. Dagegen liegt es für das Entstehen einer Eigentümergrundschuld hier ebenso wie bei den Fällen unter II. Denn wenn auch die Einigung nichtig ist, so bleibt doch auch hier die im Eintragungsantrage enthaltene Ausscheidung des Wertteils wirksam. Und auch hier bewirkt deshalb der zu vermutende Wille des Eigentümers die Umwandlung des Eintrags in eine Eigentümergrundschuld *).

III. In den Fällen der dritten Gruppe liegt weder eine gültige Einigungserklärung vor, noch ist eine rechtswirksame Ausscheidung erfolgt. Hätte also ein Eigentümer, der geschäftsunfähig ist, weil er beispielsweise wegen Geisteskrankheit entmündigt ist (§ 104 B. G. B.),

*) Die Entstehung einer Eigentümerhypothek verneint hier Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Band II Abt. I § 116 Anm. 11 § 126 Ab. 4b.

die Hypothek errichtet, so wären seine Willenserklärungen nichtig (§ 105 B. G. B.) und der Eintrag im Grundbuch ohne jede Wirkung. Ebenfalls rechtsunwirksam würden die Erklärungen desjenigen sein, der über das Grundstück verfügt und eine Hypothek auf ihm hat eintragen lassen, ohne der wahre Eigentümer zu sein. Dieser Fall läge z. B. dann vor, wenn der sich vor dem Grundbuchrichter für den als Eigentümer eingetragenen A ausgiebt und beantragt eine Hypothek eintragen zu lassen; der Grundbuchrichter aber in der Überzeugung, daß es wirklich der A sei, der die Erklärung abgibt, die Eintragung vorgenommen hat.*) Eine Einigung ist dann nicht zustande gekommen, da ja nicht der wahre Eigentümer das Einverständnis in die Belastung für den Gläubiger erklärt hat. Aber auch die Ausscheidung im Grundbuch kann nicht für den Eigentümer A aufrecht erhalten werden, da A keinen Willen erklärt hat.

Ist der Eigentümer in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt (§ 114 B. G. B.), so bedarf er nach § 107 B. G. B. für eine Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Die Errichtung einer Hypothek ist aber keine Erklärung, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Seine Willenserklärungen, die auf diesen rechtlichen Erfolg zielen, sind also ebenfalls nichtig, wenn sie ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen werden. Eine Ausnahme wäre allerdings gegeben, falls ein Minderjähriger im Betriebe seines Erwerbsgeschäfts, für welches er mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vom gesetzlichen Vertreter ermächtigt war, die Hypothekenbestellung beantragt hat, um für den Geschäftsbetrieb das nötige Kapital flüssig zu machen. Denn dann wäre er für dieses Rechtsgeschäft gemäß § 112 B. G. B. unbeschränkt geschäftsfähig und die von ihm bestellte Hypothek wäre voll wirksam. In allen

*) Allerdings ist in diesen Fällen sowohl die Einigung, wie auch die grundbuchrechtliche Konsenserklärung mit dem Mangel behaftet.

anderen Fällen jedoch dieser Gruppe III kann notwendigerweise aus der Eintragung weder ein Gläubigerrecht entstehen, noch eine Grundschuld für den Eigentümer. Denn es fehlt an einer gültigen Einigungserklärung. Und auch eine rechtswirksame Ausscheidung eines Wertteils ist nicht dadurch erfolgt, daß der geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Eigentümer seine nichtige Eintragungsbewilligung abgegeben hat*) oder sogar nur ein unberechtigter Dritter. Der Eintrag im Grundbuch ist demnach völlig wirkungslos.**)

§ 14. Von Bedeutung ist aber noch die Frage, ob beim Wechsel in der Person des Eigentümers immer derjenige Eigentümer des Grundstücks die Eigentümergrundschuld in unseren oben erwähnten Fällen erwirbt, der im Augenblick der Feststellung des Nichtbestehens einer gültigen Einigung als Eigentümer eingetragen ist oder derjenige Eigentümer, der die Ausscheidung vorgenommen hat.

Schon mit Rücksicht auf die Billigkeit wird man die Grundschuld dem Eigentümer geben, der die Eintragung bewirkt hat. Wäre er vielleicht durch Zwang veranlaßt worden, für den Gläubiger ohne Gegenleistung

*) Denn die vom Gesetz vermutete Willenserklärung des Eigentümers, die Post für sich als Eigentümergrundschuld zu erwerben, muß nach den Grundsätzen behandelt werden, die das B. G. B. für das einseitige Rechtsgeschäft aufstellt. Nimmt dieses ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vor, so ist seine Willenserklärung unwirksam nach § 111 B. G. B. So sagt auch Predari: Grundbuchordnung, S. 308: Als einseitige Willenserklärung, durch die der Minderjährige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107 B. G. B.), ist sie ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters unwirksam und kann niemals wirksam werden (§ 111 B. G. B.).

**) Es könnte aber die Eintragung eine rechtliche Wirkung äußern, wenn ein gutgläubiger Dritter vom eingetragenen Gläubiger die Hypothek erwürbe. Dann entstände allerdings gemäß des Publizitätsprinzips des Grundbuchs (§ 892 B. G. B.) eine rechtswirksame Gläubigerhypothek und folgeweise kann sich diese Hypothek in den gesetzlichen Fällen in eine Eigentümergrundschuld verwandeln.

die Hypothek eintragen zu lassen, hätte er aber das Grundstück veräußern müssen, bevor die Zwangslage aufgehört hat, so würde sich das Kaufgeld kürzen um die mit zu übernehmende Hypothekenbelastung. Der Verkäufer würde also, da ihm der Hypothekengläubiger kein Äquivalent gezahlt hat, um diesen Betrag geschädigt sein. Wenn nun der Verkäufer nach Aufhören der Zwangslage die Einigungserklärung anficht, so dürfte der Wertteil nicht dem Käufer als Eigentümergrundschuld zufallen, da dieser dann einen unverdienten Vorteil erringen würde, sondern nur dem Verkäufer.

Das gleiche Ergebnis zeigt auch die juristische Betrachtung. Denn die Anfechtung bewirkt, daß die Einigungserklärung als von Anfang an nichtig anzusehen ist (§ 142 B. G. B.). Es ist also nie ein Gläubigerrecht entstanden. Demgemäß kann allein durch die Ausscheidung nach unserer Auffassung eine Eigentümergrundschuld geschaffen sein. Diese Grundschuld würde auf den Namen desjenigen lauten müssen, der zur Zeit ihrer Eintragung Eigentümer des Grundstücks war. Durch die Veräußerung des Grundstücks hat diese Grundschuld keine Änderung erlitten und steht deshalb von Rechtswegen dem Verkäufer zu, der also jetzt nach der Anfechtung dieses sein Recht auch im Grundbuch zur Erscheinung bringen kann.

§ 15. Wir hatten bisher zur Grundlage der Betrachtungen, wann eine Eigentümergrundschuld trotz ungültiger Einigung entstehen kann, immer die Einzelhypothek angenommen. Doch erscheint es geboten, auch darauf einzugehen, ob die entwickelten Grundsätze zutreffen, wenn eine Gesamthypothek begründet werden sollte, diese aber wegen ungültiger Einigung für den Gläubiger nicht entstanden ist.

Der § 1132 B. G. B. gibt die Begriffsbestimmung der Gesamthypothek:

„Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken, so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung."

Es muß also die Hypothek auf jedem Grundstücke in der vollen Höhe der Forderung eingetragen werden. Dabei

ist es ohne Bedeutung, ob die Grundstücke in dem Eigentum einer Person stehen oder jedes von ihnen einen anderen Eigentümer hat. Nehmen wir zur Übersichtlichkeit der Darstellung an, es wären mehrere Eigentümer, die ihre Grundstücke für die Forderung des Gläubigers belasten wollten. Erklärte nun der Gläubiger die Einigung nicht, oder wäre seine Erklärung nichtig, so würde also eine Gesamthypothek nicht entstehen. Es käme aber dann der in den Anträgen, den Wertteil ausscheiden zu wollen, enthaltene und zu vermutende Wille der Eigentümer, die Ausscheidung für sich aufrecht zu erhalten, zur Wirksamkeit. Damit wären also für jedes Grundstück die Voraussetzungen einer Eigentümergrundschuld gegeben und es muß demzufolge aus dem Eintrag auf jedem Grundstück eine Eigentümergrundschuld hervorgehen in voller Höhe der eingetragenen Summe. Man wird einwenden, daß die Entstehung der Eigentümergrundschuld an jedem Grundstück zu vollem Betrage der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches von der Gesamthypothek widerspräche, denn das Gesetz läßt in allen Fällen der Vereinigung einer Gesamthypothek mit dem Eigentum immer nur eine Eigentümerhypothek entstehen, die für alle Grundstücke zusammen den einfachen Betrag der Forderung darstellt und verteilt werden kann.*) Dabei ist aber zu erwägen, daß in diesen Fällen eine rechtsgültige Bindung der Einzelausscheidungen zu einer Gesamthypothek vermöge der hinzugetretenen Einigung erfolgt war. In unseren Beispielen fehlt jedoch gerade das vereinigende Band, und es erscheint zweifellos die Ausscheidung an jedem Grundstück als selbständiger Rechtsakt. Demgemäß muß aus dem Eintrag auf jedem Grundstück eine Eigentümergrundschuld entstehen in Höhe des vollen eingetragenen Betrages, wenn der Mangel der Einigung auf der Gläubigerseite vorliegt.

Wie aber, wenn auf der Seite der Eigentümer? Gesetzt, die Gesamthypothek für den Gläubiger X sollte drei Grundstücke belasten, deren Eigentümer A, B und C sind. Würde ein rechtshinderndes Moment aus den oben ange-

*) s. §§ 1172 u. 1175 B. G. B.

führten Gruppen I und II also z. B. Irrtum oder Scherz die Einigungserklärung des A vernichten, so müßte nach dem oben dargelegten Prinzip in voller Höhe der durch die Gesamthypothek zu sichernden Forderung eine Eigentümergrundschuld für den A entstehen. Die Grundstücke des B und C, deren Einigungserklärungen vollwirksam sind, blieben aber mit der Gesamthypothek für den Gläubiger belastet. Ebenfalls würde, wenn A und B unwirksame Einigungserklärungen abgegeben haben, auf dem Grundstück des A wie auf dem des B eine Eigentümergrundschuld in voller Höhe der Eintragung entstehen. Die Belastung des Grundstücks des C stellte dann eine Einzelhypothek für X dar. Sofern aber die Einigungserklärungen aller drei Eigentümer unwirksam wären, würde ein Gläubigerrecht überhaupt nicht entstehen, dagegen eine Eigentümergrundschuld für jeden Eigentümer in voller Höhe der Eintragung, wie in den Fällen, wo die Einigung infolge Mangels auf der Gläubigerseite hinfällig ist. Wäre aber die Einigungserklärung eines Eigentümers unwirksam infolge eines Momentes der Gruppe III, so würde hinsichtlich des Grundstücks dieses Eigentümers weder ein Gläubigerrecht, noch eine Eigentümergrundschuld entstehen. Auf den übrigen Grundstücken würde dagegen für den Gläubiger eine Gesamthypothek begründet sein.

Es ist zuzugeben, daß unserer Auffassung die §§ 1174, 1175 B. G. B. entgegenstehen, welche ein „Nachrücken" der Hypothekare gegen den Willen des Eigentümers zulassen.*) Es handelt sich aber dabei um besondere gesetzliche Ausnahmen, die sich übrigens auch erst im zweiten Entwurf vorfinden. Eine Folgerung aus diesen bestimmt begrenzten Ausnahmen heraus für die von uns behandelten Fälle abzuleiten, ist aber ebensowenig angängig, wie die Aufstellung einer neuen Konstruktion auf Grund dieser Bestimmungen für das Eigentümerpfandrecht.

§ 16. Zu welchem Ergebnis werden nun demgegenüber für die Fälle, in denen wegen ungültiger Einigung

*) „die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt."

eine Gläubigerhypothek nicht entstanden ist, die anderen Auffassungen des Eigentümerpfandrechts, wie sie oben dargestellt sind, gelangen müssen?

Nimmt man an, daß die Eigentümerhypothek begrifflich eine Unterart der Hypothek ist, so müßte man auch für die Eigentümerhypothek die Einigung verlangen und die Möglichkeit der Entstehung eines solchen Rechts verneinen, wenn die Einigung nicht erfolgt oder nichtig ist.*) Diesem Gedanken schließt sich auch das Kammergericht an (im Band 27 f. Entsch. S. 128), das in der Eigentümerhypothek eine hypothekengleiche Belastung erkennt und deshalb bei nichtiger Einigung eine Eigentümergrundschuld nicht entstehen lassen will. Doch fügt es hinzu:

„Wollte man aber auch eine einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers für genügend erachten, so müßte doch diese rechtsgültig erklärt sein. Ist die Eintragung einer Hypothek von einem Nichtberechtigten bewilligt worden oder beruht sie auf einer beispielsweise wegen Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden (§ 105 B.G.B.) nichtigen oder beispielsweise wegen Irrtums, arglistiger Täuschung, Zwanges (§§ 119. 120, 123, 142 B.G.B.) anfechtbaren und angefochtenen Eintragungsbewilligung, so kann aus ihr in keinem Falle eine Eigentümerhypothek entstehen."

*) Zu dieser Entscheidung gelangt Biermann: Sachenrecht S. 372, Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht I S. 744, Endemann: Band II Ab. I § 116 Abs. 3, Hachenburg: Vorträge S. 251, Eck: Vorträge Band II S. 299, Staudinger-Kober § 1163 II a b und Planck III Ziff. 1, zu § 1163. Der Letztere sagt: „Das Gesetz führt diejenigen Umstände, welche die Entstehung der Gläubigerhypothek hindern und trotzdem die Hypothek als Eigentümerhypothek bestehen lassen, ausdrücklich an und gibt dadurch zu erkennen, daß das Fehlen dieser zur Begründung des dinglichen Rechts erforderlichen Momente nur den Erwerb durch den Gläubiger, nicht ihren Übergang auf den Eigentümer hindern, daß aber alle übrigen Voraussetzungen des Entstehens des dinglichen Rechts auch für die Entstehung einer Eigentümergrundschuld erforderlich sind".

Es stimmt also in seiner Entscheidung für die Fälle mit den von uns gewonnenen Ergebnissen überein, in welchen zwar die Erklärung des Gläubigers unwirksam, aber die des Eigentümers rechtsgültig ist, weiter auch für die Fälle der Gruppe III, in welchen die Erklärung des Eigentümers wegen Geschäftsunfähigkeit usw. nichtig ist. Dagegen nimmt das Kammergericht abweichend von unserer Auffassung an, daß auch für die Fälle der Gruppe I und II eine Eigentümergrundschuld nicht entstehen könnte. In seiner Begründung bezieht sich das Kammergericht lediglich auf das Urteil des Reichsgerichts vom 4. März 1903 (Band 54 f. Entsch. S. 84), übersieht aber, daß dieses Urteil einen Fall betrifft, in welchem die Eintragungsbewilligung noch unter der Herrschaft des Gesetzes vom 5. Mai 1872 abgegeben war. Die aus diesen Vorschriften gewonnenen Folgerungen können aber nicht ohne weiteres für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend sein.

Welche Unbilligkeiten diese Auffassung von der Natur der Eigentümerhypothek in unserem Fall mit sich bringen könnte, dann wenn der Eigentümer nach der Bestellung der ungültigen Hypothek noch andere Belastungen hat eintragen lassen, das wird von den Vertretern dieser Theorie zwar erkannt, aber vom Standpunkt des geltenden Rechts als unvermeidlich hingestellt. Nur Dernburg*) will mit praktischem Blick eingreifen und „zweckentsprechend die Gesetzgebung ausbauen". Nach seiner Ansicht müßten die Fälle, in denen die Hypothek infolge ungültiger Einigung nichtig ist, nach dem einmal eingeschlagenen System ebenso behandelt werden, wie wenn die Forderung, um derentwillen die Hypothek eingetragen ist, nicht entstanden. Das Gesetz spreche allerdings dieses Ergebnis nicht aus, und so müßte die Praxis im Wege der Analogie dem Übelstande abhelfen, indem sie in den Fällen der ungültigen Einigung ebenfalls aus § 1163 B. G. B. eine Eigentümergrundschuld entstehen läßt.

Eine juristische Begründung dieser Analogie fehlt. Man vermißt auch in Dernburgs Auffassung eine Berück-

*) in seinem B. R. Sachenrecht § 221 S. 646.

sichtigung der von ihm entwickelten Pfandrechtsnatur der Eigentümerhypothek. Und es erscheint auch nicht angängig, eine Analogie in dieser allgemeinen Fassung zuzulassen, sodaß auch aus der von einem Geschäftsunfähigen abgegebenen Eintragungsbewilligung eine Eigentümergrundschuld entstehen müßte.

Ebenso wie Dernburg sind auch die anderen Theorien bestrebt im Hinblick auf „Billigkeit und Verkehrsbedürfnis" möglichst auch im Falle der fehlenden Einigung eine Eigentümerhypothek zuzulassen. Doch sind ihre Begründungen nicht immer überzeugend.

§ 17. Fuchs*) will, wie oben gezeigt, die Eigentümerhypothek als eine Belastung aufgefaßt sehen, die durch Sukzession des Eigentümers in eine Hypothek oder Grundschuld entstanden ist. Doch bleibt im Augenblick der Vereinigung von Hypothek und Eigentum keine Hypothek bestehen, sondern das Gesetz verwandele sie in die Urform einer Grundschuld zurück, da der Rechtszweck, die Sicherstellung einer Forderung, entfallen sei. So will er auch in unserem Falle eine Sukzession in die Hypothek zulassen. Zwar verkennt er nicht, daß eine vollgültige Hypothek bei mangelnder Einigung nicht vorliegen kann, hält aber seine Ansicht trotzdem mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar, insofern der § 1163 B. G. B. den Ausdruck Hypothek gebrauche, obwohl in Wahrheit keine vollgültige Hypothek vorliegen könne, denn im Abs. 1 fehle die erforderliche Forderung, im Abs. 2 hätte der Gläubiger die Hypothek überhaupt nicht erworben. Ebenso könnte man also von einer Hypothek sprechen, wenn die Einigung nicht stattgefunden habe. Eine Sukzession des Eigentümers in dieses Recht wäre aber dann möglich, wenn wenigstens die Voraussetzungen einer rechtsbeständigen Eigentümergrundschuld vorliegen, in die das Gesetz die Eintragung dann konvertieren müßte. Die Gründe für diese seine Ansicht bilden § 140 B. G. B.**) und § 1196 B. G. B., in dem

*) in seinem Grundbuchrechte S. 521.

**) der bestimmt, daß, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht, das

von der Begründung einer Grundschuld für den Eigentümer die Rede ist.*) Doch erscheint dieser Beweis nicht zwingend. Mag man selbst an der gewaltsamen Interpretation des Ausdrucks „Hypothek" im § 1163 B. G. B. keinen Anstoß nehmen, die Möglichkeit einer Konversion jedoch nach § 140 B. G. B. kann nicht zugestanden werden. Denn die Voraussetzungen für die Bestellung einer Hypothek und einer Eigentümergrundschuld sind verschieden. Die Hypothek verlangt eine Einigung, die Eigentümergrundschuld nicht. Und auch der Inhalt der Eintragungsanträge des Eigentümers ist wesentlich anders für eine Hypothek und eine Eigentümergrundschuld, sodaß eine Konversion nicht denkbar ist.

Zu einer richtigen Begründung gelangt man vielmehr nur, wenn man, wie oben dargelegt, in jedem Eintragungsantrag zugleich den Willen des Eigentümers enthalten sieht, den ausgeschiedenen Wertteil auf jeden Fall sich zu erhalten.

§ 18. Nach dem Prinzip der festen Stellen, das Oberneck (in seinem Grundbuchrecht § 116) vertritt, gelangt man in unserer Frage allerdings zu einem praktisch befriedigenden Ergebnis. Aus ihm heraus folgert er, daß, sobald einmal formell die Eintragung vorgenommen ist, der dadurch ausgeschiedene Wertteil dem Eigentümer zustehen muß, wenn ein Gläubiger ihn nicht als Haftungsgegenstand erworben hat. Jedoch träfe dies nur für die Fälle zu, in denen wenigstens die im § 1196 B. G. B. für die Begründung einer Eigentümergrundschuld gegebenen Voraussetzungen erfüllt sind, da sich hier die „schärfste Form" „eines verselbständigten Bestandteils des Eigentums in Ansehung des Verwertungsrechts" zeigt. Er verlangt deshalb in den Fällen der ungültigen Einigung, daß die Erklärung des Eigentümers, den Eintrag im Grundbuch für sich erwerben zu wollen, nachträglich „ausdrücklich oder

letztere gelten soll, wenn anzunehmen sei, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt ist.

*) Auch Neumann Handausgab. des B. G. B. zu § 1196 3a stützt sich auf § 140 B. G. B.

auch stillschweigend jederzeit" dem Grundbuchamt gegenüber erfolgen muß oder erfolgen kann.

Erfordert man aber eine nachträgliche Erklärung des Eigentümers, die Eintragung als Eigentümergrundschuld für sich aufrecht zu erhalten, so erheben sich Bedenken darüber, wie denn der Eigentümer den Rang der ja unwirksamen Eintragung den Nachhypothekaren behaupte. Könnte nicht etwa der nachstehende Hypothekengläubiger in dem Augenblick, in welchem es sich entscheidet, daß die Einigung ungültig ist und eine wirksame Eintragung eines Gläubigerrechts nicht geschehen, Klage auf Berichtigung des Grundbuchs aus § 894 B. G. B. gegen den Eigentümer erheben und einen Widerspruch nach § 899 B. G. B. eintragen lassen, bevor der Eigentümer seine nachträgliche Erklärung hätte abgeben können. Dann würde diese Erklärung keine Wirkung mehr haben und eine Eigentümergrundschuld nicht mehr erzeugen können. Auch bleibt unklar, welche Bedeutung der Eintrag bis zur Abgabe der Erklärung besitzt. Und ferner: wenn man dem Eigentümer durch eine nachträgliche Erklärung die ungültige Eintragung erhalten wollte, müßte man dann nicht auch dem Eigentümer die Befugnis zugestehen, in den Fällen, in denen kraft Gesetzes die Hypothek erlischt (z. B. § 1175 B. G. B.) und der Eintrag unwirksam wird, durch eine nachträgliche Erklärung sich den Rang des Rechts für eine Eigentümergrundschuld aufrecht zu erhalten?

§ 19. Auf den verschiedensten Wegen versucht Kindel*) vom bestehenden Recht aus zu einem praktisch befriedigenden Ergebnis zu gelangen. Er geht davon aus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im § 1163 Abs. 1 die Eigentümerhypothek entstehen läßt, wenn die Forderung nicht bestände, also keinen Wert darauf läge, ob die Einigung gültig ist oder nicht, und meint nach der Aufstellung nun allerdings mit Recht, daß kein innerer Grund vorhanden sei, in dem Falle der gültigen Forderung, aber der fehlerhaften Einigung die Entstehung einer Eigentümerhypothek zu verneinen.

Für diese Annahme ist aber im Gesetz keine Grundlage zu finden, und sie muß demnach als nicht vereinbar

*) in seinem Aufsatz S. 102, 103.

mit der Vorschrift des § 1163 B. G. B. abgelehnt werden, weil hier jedenfalls unter dem Ausdruck „Hypothek" nur die wirksam bestellte zu verstehen ist, die Bestimmung also voraussetzt, daß die Einigung über das dingliche Recht rechtsgültig abgeschlossen ist. Doch auch aus anderen Vorschriften des B. G. B. will er die Möglichkeit der Eigentümerhypothek trotz mangelnder Einigung ableiten. Seine Schlüsse sind hier aber nicht klar. Kindel meint jedenfalls, daß dem Eigentümer mit den §§ 1168, 1169 B. G. B. das Recht gegeben wird, bei vorliegenden Fehlern in der Hypothekenbestellung sich eine Eigentümerhypothek zu verschaffen. Im § 1169 B. G. B.*) ist aber nur im Fall des Bestehens einer peremtorischen Einrede dem Eigentümer die Befugnis zugestanden, sich durch Klage auf den Verzicht des Gläubigers auf die Belastung eine Eigentümergrundschuld zu verschaffen. Doch von diesem Begriffe der Einrede**), der voraussetzt, daß das zu Grunde liegende Recht an sich rechtsgültig besteht, ist zu scheiden der Begriff der Einwendung, die erhoben werden könnte, wenn der eingetragenen Hypothek eine nichtige Einigung zu Grunde läge. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat aber im § 1169 nicht auch das Vorliegen einer Einwendung gegen die Hypothek berücksichtigt, sondern nur den freilich wohl seltenen Fall behandelt, in dem dem Eigentümer eine Einrede gegen den Gläubiger zusteht, z. B. aus dem obligatorischen Versprechen des Gläubigers, die Hypothek beim Eintritt gewisser Umstände nicht mehr geltend zu machen.***)

*) Der § 1169 B. G. B. lautet: Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet.

**) Die Motive I S. 359 definieren die Einrede als einen Umstand, der einen Anspruch nicht von Rechts wegen in seiner Entstehung hindert oder wieder aufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, den an und für sich begründeten Anspruch sei es zur Zeit, sei es der Person nach, sei es für immer, ablehnen zu dürfen.

***) Biermann: Sachenrecht § 1169, Fuchs: Grundbuchrecht § 1169 Anm. 7.

Es setzt also der § 1169 B. G. B. eine gültig bestellte Gläubigerhypothek voraus und es ist deshalb nicht angängig, diese Bestimmung zum Nachweis dafür anzuführen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch bei fehlerhafter Hypothekenbestellung eine Eigentümerhypothek entstehen läßt.

Kindels drittes Argument stützt sich auf den § 1177. Er glaubt nämlich eine Vereinigung von Hypothek und Eigentum im Sinne dieser Vorschrift auch annehmen zu können, „wenn die hypothekarischen Rechte infolge Ungültigkeit der Hypothekenbestellung noch nicht aus dem Eigentum geschieden sind". Man kann aber von Vereinigung zweier Rechte nur reden, wenn vorher eine Trennung bestanden hat. Da aber in unserem Fall eine gültige Hypothek für den Gläubiger nicht entstanden und also eine Scheidung zwischen Eigentum und Gläubigerrecht nicht eingetreten ist, so muß auch diese Begründung seiner Ansicht abgelehnt werden.